



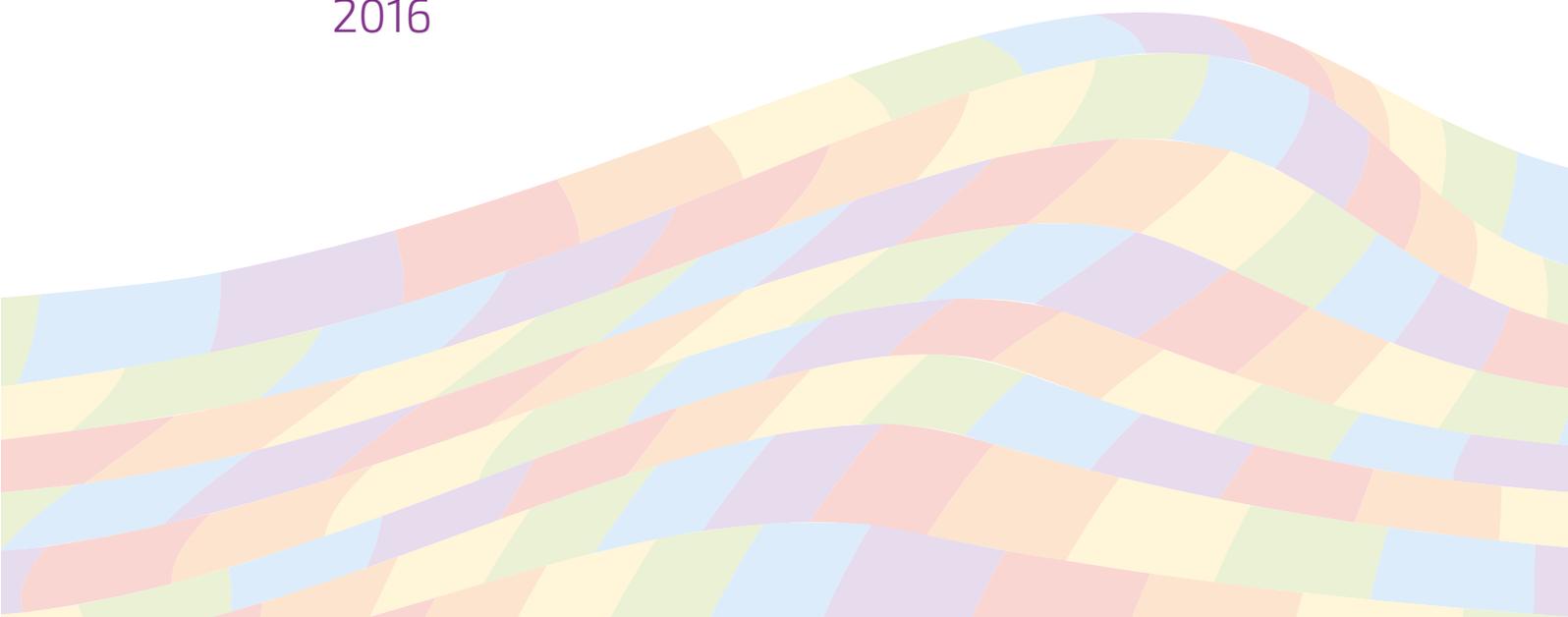
Евразийская коалиция по мужскому здоровью

Анализ законодательства,

*связанного с правами ЛГБТ
и ВИЧ в Восточной Европе
и Центральной Азии*

*Национальный отчет: Казахстан
Виталий Виноградов*

Таллинн, Эстония
2016



Подготовка данного документа была поддержан ЕКОМ, Евразийской Коалицией по мужскому здоровью, сетью организаций и активистов, работающих в регионе Восточной Европы и Центральной Азии. Мы стремимся создать благоприятную среду, в которой любой мужчина, практикующий секс с мужчинами, и любой трансгендер будут иметь доступ к услугам по сохранению сексуального и репродуктивного здоровья, в том числе в связи с ВИЧ-инфекцией, основанным на соблюдении прав человека

В этом отчете предпринята попытка проанализировать законодательные и нормативные акты и документы, а также международные обязательства в области прав человека, связанных с ВИЧ, и прав MSM и трансгендеров в ВЕЦА. Он предлагает обзор законодательной ситуации в Казахстане.



Документ финансируется грантом 2014097 для Консорциума сетей MSM и трансгендеров Фондом сетей гражданского общества Роберта Карра.

Оглавление

Правовое регулирование положения лиц группы лгбт согласно международному законодательству и национальному законодательству РК	4
Международное законодательство	4
Европейское законодательство	5
Европейский союз	7
Законодательство Казахстана.....	9

Правовое регулирование положения лиц группы лгбт согласно международному законодательству и национальному законодательству РК

Общий обзор международных стандартов и зарубежной практики правового регулирования положения сексуальных меньшинств.

Международное законодательство

Из международных договоров по правам человека, подписанных и ратифицированных Республикой Казахстан, которые имеют отношение к рассматриваемому вопросу, прежде всего, следует упомянуть Международные Пакты о Гражданских и Политических правах и об Экономических, Социальных и Культурных правах. Однако ни данные международные договоры, ни еще один важный источник международного права в области прав человека – Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция) – не содержат прямого упоминания о правах лиц гомосексуальной ориентации.

Согласно ст 26 Международного пакта о гражданских и политических правах (МП-ГПП), «все люди равны перед законом и имеют право без всякой дискриминации на равную защиту закона. В этом отношении всякого рода дискриминация должна быть запрещена законом, и закон должен гарантировать всем лицам равную и эффективную защиту против дискриминации по какому бы то ни было признаку, как то расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства».

Согласно п 2 ст 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (МПЭСКП), «участвующие в настоящем Пакте государства обязуются гарантировать, что права, провозглашенные в настоящем Пакте, будут осуществляться без какой бы то ни было дискриминации, как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства».

Поскольку перечень оснований для запрета на дискриминацию оставлен открытым (запрет на дискриминацию по основанию «иного обстоятельства»), то теоретически под действие соответствующих статей должна подпадать и дискриминация по признаку сексуальной ориентации. С другой стороны, эти статьи пактов не содержат четких формулировок, касающихся того, в чем именно должно проявляться отсутствие дискриминации, и имеют в этом отношении достаточно декларативный характер.

На практике имеется решение Комитета ООН по правам человека, постановившего в деле Тоопен против штата Тасмания (Австралия) (1992 г.), что упоминание о запрете на дискриминацию по признаку пола в п. 2 ст. 2 МПЭСКП и ст. 26 МПГПП следует так же понимать, как запрет на дискриминацию по признаку сексуальной ориентации.

Совсем недавно Комитет ООН по экономическим, социальным и культурным правам заявил, что «гендерная идентичность признана среди всех остальных запрещающих оснований дискриминации; ибо лица, являющиеся трансгендерами, транссексуалами или трансвеститами, часто сталкиваются с серьезными нарушениями своих прав, такими как, например, различного рода притеснения по месту учебы или работы».

Европейское законодательство

Международная практика в области толкования положений международного права в отношении обеспечения прав сексуальных меньшинств находится в состоянии постоянного развития. Прежде всего, это касается решений Европейского суда по правам человека (далее – Суд), вплоть до 1981 года неизменно отклонявшего все жалобы о дискриминации по признаку сексуальной ориентации, ссылавшиеся на положения ст. 8 Конвенции, гарантирующей каждому право на личную и семейную жизнь, и ст. 14 Конвенции, запрещающей неоправданную дискриминацию по различным признакам. Однако после 1981 года европейская практика в этом отношении существенно изменилась.

В 1999 году, впервые в своей практике, в деле *Salgueiro da Silva Mouta* против Португалии (1999 г.) Суд вынес решение, основываясь на том, что ограничение прав лица гомосексуальной ориентации противоречит не только ст. 8 (право на личную и семейную жизнь), но и ст. 14 Конвенции (запрет на дискриминацию), а в январе 2008 года Суд постановил, что Франция нарушила статьи 14 и 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, отказав лесбиянке в праве на усыновление ребенка.

Предложения внести изменения в Конвенцию, которые бы расширили список антидискриминационных оснований и в явном виде содержали бы запрет на дискриминацию по признаку сексуальной ориентации, неоднократно выдвигались Парламентской Ассамблеей Совета Европы (ПАСЕ), но до сих пор не были приняты Комитетом Министров СЕ.

Рекомендация ПАСЕ «Положение лесбиянок и геев в странах – членах Совета Европы» (Рекомендация № 1474, не имеющая обязательного характера), подтверждает декриминализацию добровольных однополых отношений между взрослыми в качестве условия членства в Совете Европы, рекомендует Комитету министров добавить понятие «сексуальная ориентация» в перечень запрещенных оснований дискриминации в Конвенции и призывает страны – члены Совета Европы:

- включить сексуальную ориентацию в список запрещенных оснований дискриминации в национальном законодательстве;
- отменить любые положения, криминализирующие гомосексуальные отношения между взрослыми по обоюдному согласию;
- незамедлительно выпустить на свободу всех заключенных, осужденных за гомосексуальные половые сношения между взрослыми людьми на добровольной основе;

- ввести равный минимальный возраст согласия как для гетеросексуальных, так и однополых сношений;
- принять меры по подавлению гомофобии и нетерпимости в системе образования, медицинских учреждениях, вооруженных силах, правоохранительных, судебных и адвокатских органах;
- обеспечить равное обращение с гомосексуальными лицами в трудовой сфере;
- принять законодательство о регистрируемых однополых партнерствах и признать преследования гомосексуалов в качестве основания для предоставления убежища

В 2001 году Комитет министров Совета Европы дал ответ на рекомендацию ПАСЕ №1474. В своем решении Комитет поддержал обеспокоенность Ассамблеи фактами дискриминации и нарушения прав гомосексуалов, признал важность регулирования всех форм дискриминации в рамках деятельности Совета Европы, подчеркнув в этом отношении значение Протокола №12 к Конвенции. Комитет отверг необходимость внесения понятия «сексуальная ориентация» в Протокол №12 или в статью 14 Конвенции, отметив, что гомосексуальные лица находятся под защитой Конвенции в соответствии с правовыми позициями Европейского суда по правам человека, и подчеркнул необходимость принятия мер для подавления гомофобии в сфере образования и профессиональной подготовки.

Что касается законодательства Европейского Союза, то оно уже в настоящее время развивается в отношении защиты прав группы ЛГБТ достаточно интенсивно.

Поскольку Республика Казахстан не является даже кандидатом на вступление в Европейский Союз, все документы, касающиеся внутреннего законодательства ЕС, не имеют прямого отношения к Казахстану и тем более не являются для него обязательными к применению. Однако Казахстан стремится к более тесному сотрудничеству с ЕС и Советом Европы. Парламент Казахстана сделал официальное заявление о желании получить статус наблюдателя при ПАСЕ, в течение нескольких лет существует Совет ЕС-Казахстан, Европейским Союзом принята Европейская стратегия в отношении Центральной Азии и т. д., и в связи с этим важно представлять себе современное положение и тенденции по изменению законодательств ЕС и отдельных государств, его составляющих.

Кроме того, 10 июля 2008 года было принято Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан № 1 «О применении норм международных договоров Республики Казахстан», согласно п 16 которого «в случае возникновения вопросов, требующих разъяснения технико-юридического характера при применении и толковании норм международного договора Республики Казахстан, следует использовать акты и решения международных организаций, членом которых является Республика Казахстан...» (Далее документ гласит, что все вопросы, связанные с этим, следует адресовать Министерству иностранных дел РК, Министерству юстиции РК, а также Генеральной Прокуратуре РК, например, для уяснения вопросов, связанных с продолжительностью действия международного договора, перечнем государств, участвующих в договоре, наличием либо отсутствием в международном договоре оговорки стран-участниц, судебной практики применения международного договора в других странах, за рубежом и пр).

Данное постановление, прежде всего, ссылается на ратифицированные Республикой Казахстан МПГПП и МПЭСКП, что делает целесообразным изучение международной и зарубежной практики в отношении обеспечения прав представителей ЛГБТ, к которой, при необходимости, могут обращаться казахстанские суды, в том числе и в связи с возможной дискриминацией по основанию сексуальной ориентации.

Европейский союз

Амстердамский договор стран – членов ЕС 1997 года, явился первым международным соглашением, в котором было упомянуто само понятие «сексуальная ориентация». Согласно ст 13 этого договора, Совет Европейского Союза, действуя на основе предложений Комиссии ЕС и после консультаций с Европейским Парламентом, может предпринимать действия, направленные на борьбу с дискриминацией, основанной, среди прочего, на сексуальной ориентации.

В развитие этих положений была принята Директива Совета №2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 года, которая установила определенные сроки, в течение которых государства – члены ЕС, обязаны принять все необходимые меры по устранению дискриминации по различным признакам в области трудовых отношений. Упомянутой директивой была принята Программа действий Сообщества по борьбе с дискриминацией (2000/750/ЕС), которая предусматривала разворачивание широких мер по борьбе с дискриминацией; выделены большие денежные средства на реализацию таких мер, причем к участию в данной программе были приглашены также и государства – кандидаты на членство в ЕС. Кроме того, эти государства должны были к моменту вступления в ЕС полностью привести свое законодательство в соответствие с действующими в Евросоюзе стандартами (даже несмотря на то, что эти стандарты не всегда соблюдаются уже имеющимися членами ЕС).

Аналогичные намерения были выражены на Европейском Совете в Ницце в 2000 году, на котором была принята Европейская социальная программа на 2001-2005 годы, предусматривавшая обеспечение эффективного применения законодательства по борьбе со всеми видами дискриминации, в том числе и по признаку сексуальной ориентации, обмен опытом и положительной практикой в реализации такой политики.

На этой же встрече была принята Хартия основных прав Европейского Союза. В ст 21 Хартии запрещается дискриминация по различным признакам, в том числе и по признаку сексуальной ориентации.

Европейский Парламент в своей Резолюции № А5-0050-2000, посвященной соблюдению прав человека в ЕС, посвятил отдельный раздел («Стили жизни и типы отношений») правам гомосексуальных жителей Европейского Союза.

Помимо прочего, Европарламент:

- призывает государства – члены ЕС, гарантировать для неполных семей, неженатых пар и однополых пар права, равные тем, которые имеют традиционные пары и семьи, в частности, в области налогообложения, имущественных и социальных прав;

- призывает государства – члены ЕС, если они еще этого не сделали, внести поправки в свое законодательство для признания регистрируемого партнерства лиц одного пола и наделения их теми же правами и обязанностями, которые существуют для регистрируемого партнерства между мужчиной и женщиной;
- призывает те государства, которые до сих пор не имеют официального признания, изменить их законодательство с целью официального признания внебрачного сожительства, вне зависимости от пола;
- полагает, соответственно, что следует добиться быстрого прогресса во взаимном признании различных законно признаваемых небрачных видов сожительства и законных браков между лицами одного пола в ЕС;
- отмечает, однако, что европейские граждане продолжают испытывать дискриминацию и находятся в неравном положении в их личной жизни и профессиональной деятельности как результат их сексуальной ориентации и, таким образом, призывает государства – члены ЕС, и соответствующие учреждения ЕС немедленно исправить эту ситуацию.

Национальное законодательство европейских стран сильно отличается в плане признания тех или иных прав представителей ЛГБТ.

Так, уголовные санкции за дискриминацию на основании сексуальной ориентации, а также разжигание розни и поношение по признаку сексуальных предпочтений, введены в таких странах, как Ирландия, Исландия, Испания, Литва, Люксембург, Нидерланды, Норвегия, Румыния, Словения, Финляндия, Франция, Чехия, Швеция (ограничения и сфера применения санкций варьируются). Запрет дискриминации в трудовой сфере на основании сексуальной ориентации содержится в трудовом законодательстве Дании, Финляндии, Франции, Люксембурга, Ирландии, Словении, Швеции и Швейцарии (конкретные формы в разных странах варьируются).

Особенно велики различия в законодательстве стран в сфере семейного и гражданского права – одной из наиболее спорных в регулировании прав ЛГБТ.

Институт регистрируемого однополного партнерства в той или иной форме функционирует в Дании, Нидерландах, Португалии, Франции, Великобритании, Исландии, Норвегии, Швеции, Швейцарии, Финляндии, Германии, Венгрии, Испании. Право совместного усыновления/удочерения детей однополыми парами закреплено в законодательстве Нидерландов (среди других стран мира – в трех провинциях Канады). Предоставление иммиграционных прав иностранным однополым партнерам предусмотрено в Нидерландах, Дании, Германии, Исландии, Швеции, Норвегии, а также – с определенными ограничениями – в Бельгии, Финляндии, Великобритании и Франции.

В других странах мира наблюдается гораздо большая дифференциация в вопросах правового регулирования положения лиц группы ЛГБТ: от уголовного преследования и полного неприятия – до принятия в степени, сравнимой с наиболее либеральными странами Европы. Следует отметить, что правовое регулирование положения гомосексуальных лиц в русле признания их прав начало бурно развиваться в последние годы, однако, пока характеризуется недостатком общих или унифицированных подходов, что затрудняет рассмотрение проблемы соблюдения прав в связи с отсутствием четких правовых стандартов. В тех случаях, когда такие стандарты еще не сформировались, приоритет имеет принцип равенства и недискриминации в отношении представителей ЛГБТ-сообщества.

Законодательство Казахстана

Если оценивать положение лиц группы ЛГБТ в Республике Казахстан с точки зрения его правового регулирования, то ситуация представляется следующей.

Со времени исключения из уголовного законодательства Республики Казахстан уголовной ответственности «за мужеложство»¹, в связи с принятием нового Уголовного кодекса РК², никаких уголовно-правовых санкций в отношении сексуальных меньшинств казахстанское законодательство не содержит, кроме действий насильственного характера, вступления в половое сношение с лицом, не достигшим «возраста согласия», и принуждения к половому сношению.

Действующий Уголовный кодекс Республики Казахстан, вступивший в силу 1 января 1998 года, предусматривает уголовную ответственность только за «насильственные действия сексуального характера», которые включают в себя «мужеложство, лесбиянство, иные действия сексуального характера с применением силы или с угрозой ее применения к потерпевшему (потерпевшей), либо с использованием беспомощного состояния жертвы» (ст 121), за «половое сношение, мужеложство, лесбиянство или иные действия сексуального характера с лицом, заведомо не достигшим шестнадцатилетнего возраста» (ст 122) и «принуждение лица к половому сношению, мужеложству, лесбиянству или совершению иных действий сексуального характера путем шантажа, угрозы уничтожения, повреждения или изъятия имущества, либо с использованием материальной или иной зависимости потерпевшего (потерпевшей)» (ст 123), при этом «насильственные действия сексуального характера» имеют те же отягчающие признаки и влекут за собой те же санкции, что и гетеросексуальное изнасилование (ст 120).

«Возраст согласия» (т. е. возраст партнера, после наступления которого добровольный половой акт не влечет уголовной ответственности) установлен в 16 лет как для гетеро-, так и для гомосексуальных отношений. При этом насильственные гомосексуальные контакты между женщинами считаются половым преступлением только с 1998 года.

В целом, основными характеристиками казахстанского законодательства в области обеспечения прав представителей ЛГБТ являются отсутствие прямых дискриминационных положений для лиц гомосексуальной ориентации при одновременном отсутствии каких-либо упоминаний об их правах, и при отсутствии правовых механизмов защиты от дискриминации в самых различных областях их жизнедеятельности.

Отсутствие гарантий защиты прав ЛГБТ и эффективных средств правовой защиты ведет к нарушениям и злоупотреблениям в правоприменительной практике, с которыми сталкиваются лица гомосексуальной ориентации в повседневной жизни.

Как уже указывалось, действующее казахстанское законодательство не содержит

1 См. Уголовный Кодекс Казахской ССР от 22 июля 1959 г (с изменениями и дополнениями) «Статья 104 Мужеложство Мужеложство наказывается лишением свободы на срок до трех лет Те же действия с применением насилия или в отношении несовершеннолетнего, или при иных отягчающих обстоятельствах наказываются лишением свободы на срок от трех до семи лет»

2 См. Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 г (с изменениями и дополнениями)

положений, в явном виде дискриминационных по отношению к однополым отношениям и лицам ЛГБТ. Вместе с тем отсутствие закрепленной законодательно дискриминации еще не означает ее фактического отсутствия – как в виде реально существующей практики, так и в виде пробелов в законодательстве, позволяющих существование такой практики.

К примеру, явный запрет на дискриминацию по признаку пола, национальности или религии делает однозначно незаконными любые преимущества или ограничения прав, основывающиеся на указанных признаках.

В случае с сексуальной ориентацией и гендерной идентичностью решение вопроса о том, подпадают ли данные признаки под действие антидискриминационных положений Конституции и соответствующих законов, оказывается полностью на усмотрении судов и прокуратуры. Поскольку ни в существующем законодательстве, ни в нормативных постановлениях Верховного Суда РК, ни в постановлениях Конституционного Совета РК никаких правовых разъяснений по этому поводу не содержится.

Понятие сексуальной ориентации не упомянуто прямо в казахстанском законодательстве и в качестве запрещенного основания для дискриминации.

Так, согласно ст. 14 Конституции РК³:

1. «Все равны перед законом и судом».
2. «Никто не может подвергаться какой-либо дискриминации по мотивам происхождения, социального, должностного и имущественного положения, пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, места жительства или по любым иным обстоятельствам».

Понятие сексуальной ориентации хотя прямо и не упомянуто в ч 2 ст 14 Конституции РК, но, со всей очевидностью, подпадает под категорию «иных обстоятельств». Тем не менее, никаких разъяснений по этому поводу нет и в научно-правовых комментариях к Конституции РК.⁴

В Комментариях группы неправительственных организаций⁵ к официальному докладу Республики Казахстан о выполнении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (МКЛРД)⁶, представленному в Комитет ООН по ликвидации расовой дискриминации, в частности, был сделан целый ряд оценок и рекомендаций по поводу практического отсутствия антидискриминационного законодательства, антидискриминационных институтов и процедур в стране. В Комментариях

3 См Конституция РК (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21 05 2007 г)

4 См , например, Научно-правовой комментарий к Конституции Республики Казахстан (руководитель авторского коллектива – член-корр Академии наук Республики Казахстан, д ю н Г С Сапарғалиев
Источник: справочная правовая система «Юрист»

5 Комментарий к официальному докладу Республики Казахстан, государства – участника Международной конвенции, о ликвидации всех форм расовой дискриминации, представленному в Комитет по ликвидации расовой дискриминации в соответствии со Статьей 9 МКЛРД

6 CERD/C/439/Add 2, 14 05 04 Доклады, представленные государствами-участниками в соответствии со статьей 9 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации Третьи периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 2003 году Добавление Казахстан Документ содержит сведенные в один документ первоначальный, второй и третий периодические доклады Казахстана, подлежащие представлению 25 сентября соответственно 1999, 2001 и 2003 года

также указывается, что отсутствие закрепленного в законодательстве нормативного определения «дискриминации» по любому из перечисленных в Конституции оснований дает возможность самим правоприменительным органам интерпретировать это конституционное положение, и нет никаких гарантий того, что такая интерпретация будет соответствовать требованиям ст. 1 МКЛРД.

Поэтому неправительственные организации рекомендовали правительству ввести определение понятия «дискриминация» в действующее законодательство, которое будет соответствовать положениям, установленным в МКЛРД.⁷

В Комментариях также указывалось, что в официальном докладе Правительства Казахстана о выполнении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации делается ссылка лишь на три нормативных правовых акта: Конституцию РК, Кодекс РК об административных правонарушениях и Уголовный кодекс РК, содержащие нормы о равноправии граждан.

Между тем конституционный принцип равноправия (равенства всех перед законом и судом) воспроизводится еще в целом ряде нормативных правовых актов Республики Казахстан: Гражданском кодексе, Гражданском Процессуальном кодексе, Уголовно-процессуальном кодексе, а также в законах «О труде в Республике Казахстан», «О семье и браке», «О гражданстве Республики Казахстан», «Об общественных объединениях», «О политических партиях», «О государственной службе», «Об образовании» и др.

Вместе с тем необходимо отметить, что в Республике Казахстан большинство положений нормативных правовых актов, относящихся к вопросам запрета дискриминации, являются материальными нормами, и в силу этого в действующем праве Казахстана отсутствуют достаточные институциональные и процедурные гарантии для защиты прав и свобод человека и гражданина в случаях дискриминации. Все это делает практически бесполезными установленные судебные, уголовные (Уголовным и Уголовно-процессуальным кодексами РК) и административноправовые (Кодексом РК об административных правонарушениях и др.) средства защиты прав человека и гражданина для предотвращения и прекращения скрытой и сложной дискриминационной практики в случае ее возникновения.

Важно также отметить, что в Республике Казахстан ни один нормативный правовой акт не предусматривает в прямой форме какой-либо специальной дисциплинарной ответственности государственных служащих за дискриминационное поведение или аналогичные высказывания.

По существу в казахстанском законодательстве есть лишь одна правовая норма, устанавливающая уголовную ответственность за дискриминацию, точнее, за нарушение равноправия граждан. Согласно ст. 141 Уголовного кодекса РК «Нарушение равноправия граждан»:

«1 Прямое или косвенное ограничение прав и свобод человека (гражданина) по мотивам происхождения, социального, должностного или имущественного положения,

7 Практика введения в законодательство таких нормативных определений в Казахстане уже имеется. Так, в соответствии с рекомендациями Комитета ООН против пыток в уголовное законодательство было введено определение «пытки» в соответствии с ратифицированной Республикой Казахстан Конвенцией ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания.

пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, места жительства, принадлежности к общественным объединениям или по любым иным обстоятельствам наказывается штрафом в размере от двухсот до одной тысячи месячных расчетных показателей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух до пяти месяцев, либо арестом на срок до трех месяцев, либо лишением свободы на срок до одного года».

В ст 174 Уголовного кодекса РК предусматривается уголовное наказание за возбуждение розни по различным признакам.⁸

Данное преступление отнесено законодателем к числу преступлений против мира и безопасности государства, поскольку разжигание ненависти подрывает общественные устои и приводит к дестабилизации общественной и государственной жизни. Тем не менее, в настоящее время разжигание розни и ненависти в отношении лиц гомосексуальной ориентации Уголовным Кодексом не предусматривается, поскольку такого основания в данной статье не предусмотрено.

Наконец, в том же Комментарии неправительственные правозащитные организации указали, что в Казахстане, как на общереспубликанском, так и на региональном уровне, не образованы какие-либо специальные органы, ответственные за предупреждение и ликвидацию дискриминации.

Сделанные неправительственными организациями Казахстана рекомендации нашли свое отражение в Заключительных замечаниях Комитета ООН по ликвидации расовой дискриминации по результатам рассмотрения официального доклада Республики Казахстан о выполнении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации.⁹

Сделанные Комитетом некоторые рекомендации, касающиеся ликвидации расовой дискриминации, в полной мере можно отнести и к вопросу ликвидации дискриминации и по другим основаниям, включая дискриминацию по основанию сексуальной ориентации.

Так, согласно п 8 Заключительных замечаний, «Комитет отмечает, что в государстве-участнике нет специального законодательства о расовой дискриминации» и Комитет «считает, что специальный национальный закон по вопросам расовой дискриминации, принятый для осуществления положений Конвенции и содержащий также юридическое определение расовой дискриминации, соответствующее положениям Конвенции, явился бы полезным подспорьем в деле борьбы против расовой дискриминации в государстве-участнике».

Согласно п. 9 Комитет, «принимая к сведению конституционные и другие положения

8 См Уголовный кодекс Республики Казахстан «... Статья 164 Возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды 1 Умышленные действия, направленные на возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой, религиозной вражды или розни, на оскорбление национальной чести и достоинства либо религиозных чувств граждан, а равно пропаганда исключительности, превосходства либо неполноценности граждан по признаку их отношения к религии, сословной, национальной, родовой или расовой принадлежности, если эти деяния совершены публично или с использованием средств массовой информации, наказываются штрафом в размере до одной тысячи месячных расчетных показателей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до десяти месяцев, либо арестом на срок до шести месяцев, либо исправительными работами на срок до двух лет, либо лишением свободы на срок до пяти лет...»

9 См Заключительные замечания Комитета по ликвидации расовой дискриминации, Казахстан, CERD/C/65/CO/3, 10 декабря 2004 г

о запрещении пропаганды расового или этнического превосходства, обеспокоен, в связи с недостаточностью конкретных положений уголовного законодательства в отношении статьи 4 а) Конвенции¹⁰ во внутреннем законодательстве государства-участника». И «рекомендует государству-участнику принять законодательство в свете общей рекомендации XV Комитета для обеспечения полного и адекватного осуществления статьи 4 а) Конвенции».

Согласно этой рекомендации, Статья 4 а) Конвенции требует, чтобы «государства-участники объявили караемыми по закону преступлениями следующие четыре категории противоправных действий: I) распространение идей, основанных на расовом превосходстве или ненависти; II) подстрекательство к расовой ненависти; III) акты насилия, направленные против любой расы или группы лиц другого цвета кожи или этнического происхождения; IV) подстрекательство к таким актам».

Таким образом, данные две рекомендации Комитета ООН по ликвидации расовой дискриминации указывают на системные проблемы казахстанского законодательства в области определения дискриминации и борьбы с ней не только по основанию расовой дискриминации, но и по другим основаниям, включая дискриминацию по основанию сексуальной ориентации.

Еще одна важная рекомендация Комитета содержится в п. 19 Заключительных замечаний, согласно которому «Комитет отмечает отсутствие в государстве-участнике судебных дел о расовой дискриминации и получение Комиссией по правам человека лишь двух жалоб на расовую дискриминацию в 2000 и 2001 годах». Также Комитет «рекомендует государству-участнику обеспечить, чтобы малочисленность жалоб не была результатом неинформированности потерпевших о своих правах или ограниченности их финансовых средств, либо отсутствия у них доверия к полиции или судебным органам, или же недостаточно внимательного или чуткого отношения властей к случаям расовой дискриминации. Комитет настоятельно призывает государство-участника обеспечить включение в национальное законодательство надлежащих положений об эффективной защите и средствах противодействия нарушениям Конвенции и как можно шире распространять среди общественности информацию об имеющихся средствах правовой защиты».

Аналогичный вывод можно сделать и о судебной практике в отношении дискриминации по иным основаниям, в том числе и по основанию сексуальной ориентации.

Отсутствие правовых механизмов, защищающих представителей сексуальных меньшинств от дискриминации представляется серьезной проблемой. В сочетании с довольно высоким уровнем нетерпимости к ЛГБТ в обществе это ведет к нарушениям и злоупотреблениям в сфере правоприменения.

За прошедшие годы со времени объявления независимости не было предпринято никаких шагов по закреплению в законодательстве гарантий недискриминации каких-либо меньшинств (в том числе и по основанию принадлежности к ЛГБТ-сообществу).

Например, Конституция Казахстана закрепляет право каждого «на условия труда, отвечающие требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без

¹⁰ Касающейся борьбы с пропагандой и созданием организаций, основанных на идеях превосходства одной группы над другой

какой-либо дискриминации, а также на социальную защиту от безработицы» (п 2 ст 24), а трудовое законодательство не содержит дискриминационных положений в отношении граждан ЛГБТ. Однако в нем также отсутствуют положения по защите лиц группы ЛГБТ от дискриминации в продвижении по службе и при увольнении.

Как уже отмечалось, в судебной практике пока не рассматривались дела, связанные с дискриминацией по признаку сексуальной ориентации в сфере трудовых отношений, что, конечно же, следует связывать не с отсутствием такой дискриминации, а со сложностью доказывания факта дискриминации в сфере трудовых отношений, с низкой правовой культурой граждан (в том числе самих представителей ЛГБТ), отсутствием достаточного доверия к механизмам по защите прав, нежеланием разглашать гомосексуальность.

В законодательстве о правоохранительных органах (органах внутренних дел, национальной безопасности, прокуратуры)¹¹ отсутствует прямой запрет дискриминации по основанию сексуальной ориентации (как, впрочем, и по другим основаниям), что на практике может приводить к негласной дискриминации, отказу в оказании помощи, унижению и произволу в отношении лиц ЛГБТ, их нежеланию обращаться за помощью в правоохранительные органы.

Семейное и гражданское право представляют собой область, в которой представители ЛГБТ-сообщества более всего сталкиваются с непрямой дискриминацией, происходящей из-за отсутствия правового регулирования. Единственной правовой формой семейного союза в Казахстане является брак, определяемый как «союз мужчины и женщины» (п п 1 ст 1 Закона РК о браке и семье).¹² А также, однозначное запрещение однополого партнерства.

Непризнание казахстанским законодательством отношений между однополыми партнерами является причиной нарушения их равноправия в сфере гражданского права. Так, однополый партнер может наследовать имущество только по завещанию. При уплате налога на наследование однополые партнеры оказываются в ущемленном положении.¹³ При прекращении фактического сожительства партнеров, их личные и связанные с ними имущественные права не регулируются законодательно.

Для заполнения этого правового вакуума, иногда в качестве альтернативы институту брака или однополого партнерства, предлагается гражданско-правовой институт простого товарищества или совместной деятельности – в соответствии с пунктами 1 и 2, ст 228 Гражданского кодекса РК.

Следует заметить, что в этом случае отношения собственности являются, пожалуй, единственной областью, в которой однополые партнеры могут получить определенную степень признания.

Однополые союзы, заключенные в других странах, естественно, не признаются в

11 См Закон Республики Казахстан от 21 декабря 1995 года №2710 «Об органах национальной безопасности Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 27 07 2007 г); Закон Республики Казахстан от 21 декабря 1995 года №2707 «Об органах внутренних дел Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 05 07 2008 г); Закон Республики Казахстан от 21 декабря 1995 года №2709 «О Прокуратуре» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 05 07 2008 г)

12 См Закон Республики Казахстан от 17 декабря 1998 года №321-І «О браке и семье» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 27 07 2007 г)

13 См Кодекс Республики Казахстан о налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 26 05 2008 г)

Казахстане в силу непризнания этой формы отношений как таковой семейным законодательством.

Законодательство Казахстана не предоставляет никаких привилегий при оформлении долгосрочных виз, вида на жительство, или гражданства иностранным однополым партнерам казахстанских граждан.

Совместное удочерение или усыновление детей однополыми партнерами исключается¹⁴, хотя законодательство допускает усыновление/удочерение ребенка одним из партнеров (ст. 80 Закона РК о браке и семье). Гомосексуальность де-юре не является препятствием на пути к усыновлению/удочерению детей. Но в связи с тем, что подбор приемных родителей осуществляется органами опеки и попечительства с учетом, в частности, нравственных и иных качеств потенциального опекуна, вероятность передачи ребенка лицу гомосексуальной ориентации является чисто гипотетической.

Доступ к процедуре искусственного оплодотворения в Казахстане законодательно не ограничен.¹⁵ Но донорами спермы лицам гомосексуальной ориентации быть запрещено.

Непризнание родственных связей однополых супругов ведет к дискриминации лиц группы ЛГБТ при даче свидетельских показаний в суде, при посещении одним партнером другого в местах заключения, а также в медицинских учреждениях. Круг вопросов, в которых непризнание однополых партнерских отношений ведет к дискриминации гомосексуальных лиц, трудно до конца определить.

В Казахстане законодательно разрешены операции по изменению пола. Соответствующая норма содержится в Кодексе «О здоровье народа и системе здравоохранения». «Лица с расстройствами половой идентификации, кроме лиц с психическими расстройствами (заболеваниями), имеют право на смену пола», - говорится в статье 88 вышеуказанного Кодекса. При этом в статье оговаривается, что «правила медицинского освидетельствования и проведения смены пола для лиц с расстройствами половой идентификации устанавливаются уполномоченным органом». Но смена документов производится только после всех операций по вагинопластике. И законодательно утверждена принудительная стерилизация.

В Кодексе Республики Казахстан «О здоровье народа и системе здравоохранения» с 2009 года имеется пункт, регламентирующий права «трансгендеров». В частности, отмечается, что «лица с расстройствами половой идентификации, кроме лиц с психическими расстройствами (заболеваниями), имеют право на смену пола». В декабре 2011 года премьер-министром Каримом Масимовым подписаны «Правила медицинского освидетельствования и проведения смены пола для лиц с расстройствами половой идентификации», в которых вводится понятие транссексуализма: «расстройство половой идентификации - ощущение собственной принадлежности к противоположному полу, желание жить и быть воспринятым в качестве лица противоположного пола, обычно сочетающееся с чувством неадекватности или дискомфорта от своего морфологического пола и желанием получить гормональное, хирургическое лечение, с целью сделать

14 См. п. 3 ст. 80 Закона РК о браке и семье: «Лица, не состоящие между собой в браке, не могут совместно усыновить (удочерить) одного и того же ребенка»

15 См. ст. 15 Закона Республики Казахстан от 16 июня 2004 года №565-III «О репродуктивных правах граждан и гарантиях их осуществления» (с изменениями по состоянию на 27.07.2007 г.)

свое тело как можно более соответствующим избранному». В документе, изданном кабмином, также приводятся «медицинские мероприятия по смене морфологического (биологического) пола»: от гормональной терапии и психиатрической реабилитации до хирургической коррекции.

Окончательным этапом мероприятий по смене пола является изменение социального (паспортного) пола. Отметим, что именно эта процедура в интернете вызвала негативные комментарии, поскольку за этим могут последовать интимные отношения или брак с трансгендером, который это скрыл от партнера.

В новом приказе министра здравоохранения и социального развития конкретизируются мероприятия медицинского освидетельствования. В частности, должна создаваться «комиссия по медицинскому освидетельствованию лиц с расстройствами половой идентификации», которая выносит заключения о возможности (невозможности) проведения медицинских мероприятий по гормональной терапии последующей «хирургической коррекции».

Основаниями для отказа в смене пола лицу, проходящему освидетельствование, служат:

1. наличие острого, хронического, временного психического расстройства (заболевания), слабоумия или иного психического расстройства (заболевания);
2. наличие генетических и (или) хромосомных аномалий;
3. наличие соматических и (или) неврологических особенностей, которые могут непосредственно обусловить опасные для жизни и (или) здоровья лица, проходящего освидетельствование, осложнения в процессе смены пола (первого и второго этапов);
4. отрицательные результаты первого этапа медицинских мероприятий по смене пола.

Лицо, сменившее пол, в течение одного года проходит курс социально-психологической адаптации, который осуществляется специалистами психиатрической организации по месту проживания лица, сменившего пол.